

ADAM ŻŁOTEK

GRANICE ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ LEKARZA ZA DOKONANIE ZABIEGU LECZNICZEGO BEZ ZGODY PACJENTA

Ujmując problem historycznie, należy zaznaczyć, że zarówno Kodeks karny z 1932 r., jak i Kodeks karny z 1969 r. nie zawierały typu czynu zabronionego analogicznego do art. 192 obecnego kodeksu. Rodziło to bardzo wiele kontrowersji, bowiem nie było wiadomo, czy zachowanie lekarza, który dokonał zabiegu medycznego wobec pacjenta bez jego zgody należy zakwalifikować jako jedno z przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu człowieka, czy też jako jedno z przestępstw przeciwko wolności, czy w końcu potraktować je jako godzące zarówno w życie lub zdrowie pacjenta, jak i w jego wolność. Stąd też ustawodawca, w nowym Kodeksie karnym z 1997 r. zdecydował się na wprowadzenie zupełnie nowego typu czynu zabronionego określonego w art. 192 k.k., który w przekonaniu ustawodawcy miał raz na zawsze zakończyć doktrynalne spory¹. Należy zaznaczyć, że o ile prawodawcy udało się w sposób jednoznaczny rozstrzygnąć kwestię przedmiotu ochrony, o tyle redakcja przepisu art. 192 k.k. jest na tyle niejasna, że rodzi szereg innych kontrowersji interpretacyjnych, które będę się starał przedstawić w niniejszym artykule, podejmując próbę przedstawienia własnych pomysłów na rozwiązanie problemu. Warto podkreślić, że wykładnia znamion typu czynu zabronionego określonego w art. 192 k.k. ma zasadnicze znaczenie przede wszystkim dla ustalenia granic odpowiedzialności karnej lekarza za określone bezprawne działania.

¹ Zob. A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II: *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Kraków 2006, teza 3 uwag wprowadzających do art. 192 k.k.

Zgodnie z art. 192 § 1 k.k.: „Kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

Andrzej Zoll w swoim komentarzu zwraca uwagę, że przedmiotem ochrony w tym przepisie jest autonomia woli pacjenta w kwestii przeprowadzania lub nie zabiegu medycznego. Artykuł 192 k.k. nie chroni zatem życia i zdrowia pacjenta, a jedynie jego prawo do samostanowienia². W kwestii przedmiotu ochrony doktryna jest całkowicie zgodna ze stanowiskiem A. Zolla³.

W pełni podzielam stanowisko doktryny. Uważam, że typ czynu zabronionego określony w art. 192 k.k. ma na celu tylko i wyłącznie ochronę wolności, która przejawia się w tym wypadku jako prawo pacjenta do samostanowienia. Potwierdzeniem tego jest umiejscowienie art. 192 w rozdziale XXIII Kodeksu karnego razem z innymi przestępstwami przeciwko wolności.

Kontrowersji w doktrynie nie budzi także fakt, że jest to przestępstwo formalne i dla jego zaistnienia nie ma znaczenia, czy zabieg wykonany bez zgody pacjenta się powiódł, czy też nie, oraz czy był przeprowadzany zgodnie z kanonami sztuki medycznej przewidzianymi dla określonego typu zabiegu⁴. Przestępstwo określone w art. 192 k.k. jest zatem dokonane już w chwili przeprowadzenia zabiegu przy równoczesnym braku zgody na ten zabieg ze strony pacjenta lub innego uprawnionego podmiotu, bez względu na zaistniały skutek na zdrowiu pacjenta oraz niezależnie od naruszenia przez lekarza reguł ostrożności postępowania z dobrem prawnym jakim jest zdrowie i życie ludzkie. Reguły te są nazywane także zasadami sztuki medycznej.

Artykuł 192 k.k. jest występkiem o charakterze umyślnym, tzn. może być popełniony jedynie z zamiarem bezpośrednim lub wynikowym. Jak pisze Leszek Kubicki w swoim artykule: „Zamiar bezpośredni występuje w momencie, gdy podmiot ma pełną świadomość, że nie została wyrażona prawnie wymagana zgoda na podejmowaną czynność medyczną, a mimo to czynność tę wykonuje, a także gdy wie, że zgoda pacjenta została wyra-

² A. Zoll, w: *Kodeks...*, red. A. Zoll, *op. cit.*, teza 6 do art. 192 k.k.

³ Zob. np. T. Bojarski, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2006, teza 1 do art. 192 k.k.; w podobnym tonie wypowiada się także M. Filar, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, Warszawa 2006, teza 1 do art. 192 k.k.

⁴ L. Kubicki, *Nowy rodzaj odpowiedzialności karnej lekarza (przestępstwo z art. 192 k.k.)*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 8, s. 43.

zona w wyniku celowo fałszywej informacji udzielanej pacjentowi. Zamiar wynikowy ma miejsce wtedy, gdy działający podmiot podejmuje czynność medyczną dopuszczając możliwość, że brak jest prawnie wymaganej na nią zgody”⁵. W pełni podzielam stanowisko tego autora.

Obecnie nie budzi już w doktrynie wątpliwości, że art. 192 k.k. jest typem przestępstwa powszechnego, tzn. może zostać popełnione przez każdego⁶. Leszek Kubicki w swoim artykule wskazuje, że w starszych opracowaniach⁷ w doktrynie wyrażany był pogląd, że podmiotem zdolnym do popełnienia przestępstwa z art. 192 k.k. jest tylko i wyłącznie lekarz.

W podobnym tonie wypowiada się także Juliusz Duda, który uważa, że dla zaistnienia przestępstwa z art. 192 k.k. nie ma znaczenia przynależność zawodowa sprawcy⁸. W sytuacji, gdy zabieg leczniczy dokonywany byłby przez osobę nie posiadającą odpowiednich uprawnień, należałoby przyjąć kumulatywną kwalifikację art. 192 k.k. z art. 58 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty⁹ (dalej: u.z.l.).

Uważam, że szerokie ujęcie podmiotu sprawcy w art. 192 k.k. jest jak najbardziej słuszne. Zgodnie z zasadami wykładni należy stwierdzić, że jeżeli w przepisie określającym typ czynu zabronionego istnieje znamię „Kto”, a jednocześnie brak jest wyraźnego ograniczenia kręgu podmiotów będących zdolnymi do popełnienia określonego czynu, to taki typ czynu zabronionego może być dokonany przez każdego.

Bardzo istotne znaczenie dla określenia zakresu art. 192 k.k. ma wykładnia znamienia „bez zgody pacjenta”. Punktem wyjścia dla wszelkich rozważań na ten temat jest wyjaśnienie charakteru prawnego zgody pacjenta na zabieg. Ma to dość istotne znaczenie, w szczególności w sytuacji, gdy nie zostanie dochowana forma zgody.

W literaturze cywilistycznej przedstawia się dwie konkurencyjne koncepcje. Pierwsza z nich, proponowana przez Marka Safjana, mówi, że zgoda nie jest oświadczeniem woli *sensu stricte*, a jedynie czynnością podobną do oświadczenia woli¹⁰. Konsekwencją tego stanowiska jest to, że przepisy

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, s. 42–43 oraz M. F i l a r, *Lekarskie prawo karne*, Kraków 2000, s. 86–87.

⁷ Np. Z. K a l l u s, *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze*, Warszawa 1998, z. 2, s. 94 oraz E. G ó r a l, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 1988, s. 262.

⁸ Por. J. D u d a, *Transplantacja w prawie polskim. Aspekty prawnokarne*, Kraków 2004, s. 164.

⁹ Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty z dn. 5 XII 1996 r. (Dz.U. z 2005 r., nr 226, poz. 1943 ze zm.).

¹⁰ Por. M. S a f j a n, *Prawo i Medycyna*, Warszawa 1998, s. 67–68.

o oświadczeniu woli będzie można stosować jedynie odpowiednio w stosunku do zgody pacjenta na leczenie. Oznacza to, iż uwzględniając specyfikę tych czynności nie ma zastosowania art. 74 § 2 k.c., i ograniczenia przewidziane w tym przepisie, zgodnie z którymi w razie nie dochowania formy pisemnej dowód ze świadków lub przesłuchania stron jest możliwy jedynie wtedy, gdy obie strony wyrażą na to zgodę, jeżeli żąda tego konsument w sporze z przedsiębiorcą, albo jeżeli fakt dokonania czynności prawnej został uprawdopodobniony za pomocą pisma. Zdaniem M. Safjana, w razie niedochowania formy pisemnej zgody, jedynym negatywnym skutkiem będzie przeniesienie ciężaru dowodu na lekarza, który ma udowodnić, że taka zgoda rzeczywiście została udzielona przez pacjenta. Z kolei zdaniem Małgorzaty Świderskiej¹¹, zgodę pacjenta należy potraktować jako zwykłe oświadczenie woli, dlatego należy stosować wprost art. 73 i 74 k.c. Oznacza to, że niedochowanie formy pisemnej nawet przy najważniejszych zabiegach medycznych nie będzie miało znaczenia, ponieważ zgoda będzie nadal ważna. Forma pisemna jest w takim wypadku zastrzeżona jedynie dla celów dowodowych (*ad probationem*).

W literaturze karnistycznej zwraca się uwagę na to, że zgodę pacjenta nie należy rozpatrywać w kategorii oświadczenia woli¹². W szczególności na takim stanowisku stoi A. Zoll, który na potwierdzenie tej tezy podaje, że do jej ważności nie jest potrzebna zdolność do czynności prawnych. Obie te kategorie są od siebie oddzielone. Skuteczną zgodę na zabieg wyrazić może także osoba ograniczona w zdolności, a nawet pozbawiona zdolności do czynności prawnych. Przykładem tego jest art. 32 ust. 4 u.z.l., który przewiduje, że nawet osoba całkowicie ubezwłasnowolniona jest uprawniona do wyrażenia zgody na zabieg lekarski, jeśli jest w stanie z rozeznaniem wypowiedzieć opinię na temat badania. Przyjęcie takiego punktu widzenia oznacza, że do zgody na leczenie nie stosuje się nawet w sposób odpowiedni lub przez analogię przepisów o oświadczeniach woli z Kodeksu cywilnego. Kwestię tego, czy zaistniała zgoda, czy nie, należy zatem rozpatrywać jedynie w świetle przepisów ustawy o zawodzie lekarza albo innych ustaw lekarskich (np. ustawy transplantologicznej). Jeśli zatem nie zostanie dochowana forma zgody, mimo że przepisy ustaw lekarskich wprost przewidują formę pisemną, należy uznać, że nie doszło do wyrażenia skutecznej zgody, a to z kolei skutkuje bezprawnością zachowania lekarza.

¹¹ Zob. M. Świderska, *Forma zgody na zabieg medyczny*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 2, s. 56–58.

¹² Por. A. Zoll, w: *Kodeks...*, red. A. Zoll, *op. cit.*, teza 12 do art. 192 k.k.

Warto w tym miejscu przytoczyć wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 27 stycznia 1991 r., zgodnie z którym: „Fakt braku dokumentu obejmującego zgodę pacjenta na dokonanie operacji jest nieistotny dla odpowiedzialności lekarzy, skoro zgoda niewątpliwie była. Zgoda jest bowiem aktem świadomości chorego, który może znaleźć jedynie na piśmie swe potwierdzenie”¹³. W podobnym tonie wypowiadał się także Sąd Najwyższy w wyroku z 11 kwietnia 2006 r., zdaniem którego: „Niezachowanie pisemnej formy oświadczenia pacjenta wyrażającego zgodę na zabieg operacyjny nie pociąga za sobą nieważności zgody”¹⁴.

Z wszystkim przytoczonych wyżej poglądów najbardziej skłaniałbym się do stanowiska, że forma zgody na zabieg lekarski nie ma znaczenia dla zaistnienia zgody, jest jedynie pewnym administracyjnym wymogiem w stosunku do lekarza. Niezachowanie formy zgody na zabieg może być, moim zdaniem, rozpatrywane pod kątem ewentualnej odpowiedzialności zawodowej lekarza. Uważam, że jeżeli zgoda była prawidłowo wyrażona przez pacjenta, a jedynie nie dochowano jej formy, to należy przyjąć, że taka zgoda w rzeczywistości zaistniała. Przyjęcie odmiennego stanowiska jest zbyt daleko idące.

Z drugiej strony chciałbym pokazać argumenty przemawiające za przyjęciem, że niedochowanie zgody powoduje jej rzeczywisty brak. Poza przytoczoną przez A. Zolla argumentacją, należy zwrócić uwagę na pewien argument natury celowościowej. W swoim rozważaniu oprę się na regulacjach zawartych w ustawie transplantologicznej. Zakłada ona mianowicie bardzo rygorystyczne wymogi stawiane zgodzie pacjenta na zabieg przeszczepu *ex vivo* (w szczególności dotyczy to dawcy organu). Np. zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 7 ustawy transplantologicznej: „kandydat na dawcę ma pełną zdolność do czynności prawnych i wyraził dobrowolnie przed lekarzem pisemną zgodę na pobranie komórek, tkanek lub narządu w celu ich przeszczepienia określonego dawcy...”. Przyjęcie stanowiska, że forma zgody nie ma znaczenia dla jej zaistnienia spowodowałaby, że wszystkie rygory stawiane zgodzie w ustawie transplantacyjnej nie miałyby prawnego znaczenia. Takie rozwiązanie jest nie do przyjęcia, zważywszy, że te regulacje ustawy transplantacyjnej mają na celu ochronę interesów dawców i biorców organów.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że w zupełnie różnym tonie wypowiadają się przedstawiciele prawa cywilnego oraz prawa karnego. Nie jest to, moim zdaniem, zjawisko pozytywne. Niesie bowiem za sobą daleko idące

¹³ I AC 16/91, OSA 1/1991, poz. 5.

¹⁴ I CSK 191/05, „Biuletyn SN” 2006, nr 6, s. 6.

konsekwencje. Załóżmy np. że przy dokonywaniu przeszczepu *ex vivo* doszło do naruszenia regulacji przepisów o formie zgody w tych zabiegach. Dla cywilistów nie będzie to miało znaczenia, bowiem uznają oni, że zgoda była ważnie wyrażona, co będzie skutkować uznaniem czynności lekarza za legalną. Dla prawa karnego to samo działanie pozbawione będzie jednak waloru prawności, gdy uznamy, że naruszenie formy zgody ma znaczenie dla jej zaistnienia. Konsekwencją tego jest jednoczesna odpowiedzialność karna lekarza za dokonanie przeszczepu niezgodnie z przepisami ustawy oraz brak odpowiedzialności cywilnej. Takie rozwiązanie jest wysoce niezadowolające w demokratycznym państwie prawa.

W tym miejscu chciałbym jedynie wymienić przesłanki zaistnienia skutecznie wyrażonej zgody bez szczegółowego ich wyjaśniania. Dokładne przedstawienie warunków skutecznie wyrażonej zgody znacznie przekroczyłoby ramy niniejszego artykułu. Zgodnie z doktryną, aby zgoda pacjenta na określony zabieg lekarski była ważna i skutecznie wyrażona, muszą zostać spełnione kumulatywnie następujące warunki:

- a) Zgoda musi zostać wyrażona przez osobę uprawnioną do jej wyrażenia.
- b) Czynność stanowiąca przedmiot zgody, nie sprzeciwia się ustawie lub zasadom współżycia społecznego.
- c) Zgoda została wyrażona w formie przewidzianej przez ustawę dla określonej kategorii czynności.
- d) Zgoda wyrażona przez pacjenta została poprzedzona należytych poinformowaniem go o zabiegu (tzw. „zgoda doinformowana”).
- e) Zgoda została wyrażona świadomie i dobrowolnie przez pacjenta, a więc nie działał on pod wpływem przymusu czy błędu, nie znajdował się również w stanie wyłączającym świadome i swobodne podjęcie i wyrażenie swej woli.
- f) Zgoda została wyrażona w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości¹⁵.

Niespełnienie któregokolwiek z wyżej przedstawionych warunków (z pewnym zastrzeżeniem w stosunku do formy) oznacza, że w rzeczywistości mamy do czynienia ze zgodą wadliwą, co z kolei skutkuje jej brakiem i w konsekwencji może prowadzić do odpowiedzialności karnej lekarza z art. 192 k.k.

¹⁵ Katalog elementów składających się na zgodę niewadliwą określa B. Janiszewska, *Dobro pacjenta czy wola pacjenta — dylemat prawa i medycyny (uwagi o odmowie zgody na leczenie oraz o dopuszczalności oświadczeń pro futuro)*, „Prawo i Medycyna” 2007, nr 2, s. 33–45 oraz J. Ignaczewski, *Zgoda pacjenta na leczenie*, Warszawa 2003, s. 19.

W zależności od tego, jaki podmiot jest uprawniony do wyrażenia zgody, możemy wyróżnić:

a) zgodę samodzielną — w sytuacji, gdy wyłącznie sam pacjent jest podmiotem uprawnionym do wyrażenia zgody na określone działanie lekarza (przykładem zgody samodzielnej jest np. art. 32 ust. 1 u.z.l., który przewiduje, że lekarz może przeprowadzić badanie lub udzielić innych świadczeń zdrowotnych, po wyrażeniu zgody przez pacjenta dorosłego i w pełni poczytalnego);

b) zgodę zastępczą — w sytuacji, gdy pacjent z jakichś powodów nie jest w stanie samodzielnie wyrazić zgody na określone działanie lekarza; w takim wypadku inny podmiot niejako w zastępstwie wyraża zgodę na to działanie w miejsce pacjenta (przykładem tego typu zgody jest np. art. 32 ust. 2 u.z.l., który przewiduje, że jeżeli pacjent jest małoletni lub niezdolny do świadomego wyrażenia zgody, wymagana jest zgoda jego przedstawiciela ustawowego, a gdy pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie się z nim jest niemożliwe — zgoda sądu opiekuńczego);

c) zgodę kumulatywną — w sytuacji, gdy obok samego pacjenta zgodę wyraża także inny uprawniony podmiot (przykładem takiej zgody jest art. 34 ust. 4 u.z.l., który przewiduje, że jeżeli małoletni pacjent ukończył 16 lat, to niezbędna jest także jego zgoda na zabieg obok zgody przedstawiciela ustawowego).

Na gruncie art. 192 k.k. bardzo istotne znaczenie ma odpowiedź na pytanie, czy przepis ten swoim zakresem obejmuje tylko sytuację braku zgody samodzielnej pacjenta, czy także brak zgody kumulatywnej lub zastępczej.

Zdaniem A. Zolla karalne są jedynie te zachowania lekarza, które godzą w prawo do samostanowienia pacjenta. Poza zakresem art. 192 k.k. znalazły się zatem sytuację, w których przepisy wyjątkowo nie przewidują zgody pacjenta i jest ona zastąpiona zgodą innego podmiotu lub sądu opiekuńczego, lub w ogóle nie jest wymagana zgoda. Jednocześnie autor ten nie wskazuje żadnego przepisu, który obejmowałby zachowanie lekarza godzącego w wymóg zgody kumulatywnej lub zastępczej¹⁶.

Zupełnie innego zdania jest L. Kubicki, który w swoim artykule podkreśla, że brak zgody pacjenta należy rozumieć maksymalnie szeroko, bowiem takie jest *ratio legis* przepisu art. 192 k.k. Autor ten uważa, że typ czynu zabronionego, określonego w art. 192 k.k., obejmuje swoim zakresem także każdą sytuację braku zgody zastępczej oraz zgody kumulatywnej. Brak odpowiedniego orzeczenia sądu na jakiegokolwiek świadczenie medyczne

¹⁶ A. Zoll, w: *Kodeks...*, red. A. Zoll, *op. cit.*, teza 10 do art. 192 k.k..

wobec pacjenta także należy zakwalifikować z tego przepisu. Stanowisko L. Kubickiego najlepiej oddaje następujący cytat: „Ograniczenie karalności omawianego występku wyłącznie do braku zgody samego pacjenta prowadziłoby do sytuacji paradoksalnych i powodowałoby to depenalizację naruszenia wolności jednostki, która nie jest w stanie samodzielnie stanowić o swoim losie. *Ratio legis* tej normy przemawia za przyjęciem stanowiska, iż karalność tzw. samowolnego leczenia występuje zarówno w sytuacji braku samodzielnej zgody pacjenta bądź wymaganej jego zgody równoległej, jak też w sytuacji braku zgody wyrażanej w imieniu i interesie pacjenta przez przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego i sądu opiekuńczego”¹⁷.

Uważam, iż z wykładni literalnej przepisu art. 192 k.k. wynika, że karalne powinno być tylko takie dokonanie zabiegu leczniczego, na które pacjent nie wyraził zgody. Brak w znamionach typu czynu zabronionego innego uprawnionego podmiotu. Stąd też, jeżeli pacjent jest dorosły i nieubezwłasnowolniony, a nie wyraził zgody na zabieg, to dokonanie operacji powinno być karalne.

Sytuacja zmienia się, gdy pacjent jest małoletni i potrzeba zgody zastępczej. W tych warunkach również brak jest zgody pacjenta, natomiast zgoda innego uprawnionego podmiotu powoduje, że dokonanie zabiegu staje się legalne. Innymi słowy zgoda zastępcza legalizuje zachowanie lekarza, który dokonuje zabiegu mimo braku zgody małoletniego pacjenta. Można by powiedzieć, że zgoda zastępcza uprawnionego podmiotu jest tutaj specyficznym kontratypem legalizującym dokonanie zabiegu leczniczego pomimo braku zgody pacjenta. Reasumując, także brak zgody zastępczej powoduje odpowiedzialność karną lekarza z art. 192 k.k., ponieważ w rzeczywistości brak było zgody pacjenta, a także brakowało zgody zastępczej uprawnionego podmiotu, która miała zalegalizować brak zgody pacjenta.

Z jeszcze inną sytuacją mamy do czynienia, gdy brakuje wymaganej zgody kumulatywnej np. małoletniego oraz przedstawiciela ustawowego. Przyjrzyjmy się art. 32 ust. 5 w zw. z art. 32 ust. 2 u.z.l., który zakłada, że w sytuacji, gdy małoletni ma ukończone 16 lat, to obok zgody przedstawiciela ustawowego wymagana jest także jego zgoda. Sprawa jest jasna, jeśli brakuje zgody małoletniego, bowiem w tej sytuacji potrzeba, zgodnie z art. 32 ust. 6 u.z.l., zgody sądu opiekuńczego, która legalizuje brak zgody pacjenta (jest to znowu specyficzny kontratyp legalizujący dokonanie zabiegu bez zgody samego pacjenta). W przypadku, gdy brakuje jedynie zgody przedstawiciela ustawowego, a lekarz dokonał zabiegu, to

¹⁷ L. Kubicki, *op. cit.*, s. 42.

jego zachowanie nie będzie realizowało znamion typu czynu zabronionego z art. 192 k.k., bowiem brak było tylko zgody innego uprawnionego podmiotu, natomiast zgoda samego pacjenta wystąpiła. Zachowanie lekarza można rozpatrywać tylko przez pryzmat odpowiedzialności zawodowej. Jest to logiczna konsekwencja przyjęcia wyników wykładni literalnej przepisu art. 192 k.k. Oczywiście, słusznie zauważa L. Kubicki, że wyniki tej wykładni są znacznie nie satysfakcjonujące, ale, według mnie, ze względu na zasadę *nullum crimen sine lege stricte* oraz funkcję gwarancyjne prawa karnego nie należy rozszerzać rozumienia znamion typu czynu zabronionego. Moim zdaniem nie ma racji A. Zoll, który uważa, że brak zgody zastępczej nie powoduje odpowiedzialności karnej z art. 192 k.k. Pomija on bowiem fakt, że w tej sytuacji brakuje przecież zgody pacjenta, a zgoda innego podmiotu legalizuje jedynie działania lekarza i powoduje, że nie będzie odpowiadał karnie z art. 192 k.k.

Na marginesie chciałbym zaznaczyć, że niejednokrotnie ustawy przewidują wprost możliwość odejścia od wymogu zgody jakiegokolwiek uprawnionego podmiotu na określone działanie lekarza. Najbardziej wyrazistym przykładem jest art. 34 ust. 7 u.z.l., który przewiduje, że lekarz może wykonać zabieg operacyjny albo zastosować metodę leczenia lub diagnostyki stwarzającą podwyższone ryzyko dla pacjenta bez zgody przedstawiciela ustawowego pacjenta albo zgody właściwego sądu opiekuńczego, gdy zwłoka spowodowana postępowaniem w sprawie uzyskania zgody groziłaby pacjentowi niebezpieczeństwem utraty życia, ciężkiego uszkodzenia ciała lub ciężkiego rozstroju zdrowia. Gdyby zatem lekarz znalazł się w sytuacji opisanej w art. 34 ust. 7 u.z.l., to może on dokonać zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta i innych uprawnionych podmiotów bez narażenia siebie na odpowiedzialność karną z art. 192 k.k.

W doktrynie nie do końca jasne jest rozumienie słowa „pacjent”, użytego jako jedno ze znamion art. 192 k.k. Pojawiają się bowiem wątpliwości, czy pacjentem jest tylko osoba leczona, czy także inny podmiot biorący udział w interwencji medycznej (np. dawca narządu). Zwraca na ten problem L. Kubicki, według którego znamię „pacjent” należy rozumieć maksymalnie szeroko. W swoim artykule pisze: „Przedmiotem czynności medycznej może być bowiem osoba zdrowa poddawana np. zabiegom profilaktycznym (np. szczepieniu profilaktycznemu), badaniom profilaktycznym lub kontrolnym, dawca komórki, tkanki lub organu, czy też ten kto poddaje się eksperymentowi czysto badawczemu”¹⁸.

¹⁸ *Ibid.*, s. 35–36.

Generalnie zgadzam się ze zdaniem L. Kubickiego, z pewnym zastrzeżeniem w stosunku do dawców organów *ex mortuo*. Według mnie, przez pacjenta należy rozumieć zarówno dawcę, jak i biorcę narządu. W pojęciu tym nie będzie natomiast mieścić się dawca organu *ex mortuo*, ponieważ w chwili pobierania tkanki, komórki lub narządu nie ma on już podmiotowości prawnej, gdyż nie żyje. Dlatego trudno w ogóle mówić w tym wypadku o kategorii pacjenta.

Najwięcej wątpliwości budzi kwestia dokonania wykładni zwrotu „zabieg leczniczy”. Zdaniem A. Zolla znamię te należy rozumieć szeroko, a zatem w grę wchodzi tutaj wszelkie świadczenia zdrowotne, nawet te, które nie mają charakteru czysto leczniczego. Jest on zdania, że przepis ten należy stosować także do niektórych czynności nieterapeutycznych, a więc np. eksperymentu o charakterze badawczym. Andrzej Zoll odchodzi zatem od wykładni literalnej przepisu na rzecz wykładni celowościowej. Dla porządku należy wyjaśnić, że posługuje się on jedynie przykładem eksperymentu medycznego i trudno powiedzieć, czy przez to należy rozumieć, że art. 192 k.k. obejmuje swoim zakresem także inne czynności nieterapeutyczne, czy tylko wyjątkowo odnosi się do samego eksperymentu badawczego, czego sam autor nie wyjaśnia¹⁹. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że w ramach eksperymentu medycznego wyróżnia się eksperyment badawczy oraz leczniczy. Charakter prawny tego pierwszego jest wtórnie legalny, zaś tego drugiego — pierwotnie²⁰. Nie ulega zatem wątpliwości, że art. 192 k.k. ma, zgodnie z twierdzeniem A. Zolla, zastosowanie do eksperymentu leczniczego. Niejednoznaczne jest, czy obejmuje on swoim zakresem także eksperyment badawczy.

Warto zwrócić uwagę na to, że w artykule *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w praktyce lekarskiej* A. Zoll przyjmuje założenie, że brak zgody dawcy na zabieg *ex vivo* należy rozpatrywać pod kątem art. 20 ust. 1 starej ustawy transplantacyjnej, co wskazywałoby na to, że jest on zdania, iż art. 192 k.k. należy odnosić tylko do czynności leczniczych, zgodnie z wykładnią literalną tego przepisu, a jedynie wyjątkowo ma on zastosowanie do eksperymentu medycznego badawczego²¹.

Wydaje się, że innego zdania jest Marian Filar, który uznaje prymat wykładni celowościowej. Jest on zdania, że karalność zachowań lekarza nie

¹⁹ Takie stanowisko wyraża A. Zoll, w: *Kodeks...*, red. A. Zoll, *op.cit.*, teza 8 do art. 192 k.k.

²⁰ Zob. M. Filar, *Lekarskie...*, *op. cit.*, s. 145–146.

²¹ Zob. A. Zoll, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w praktyce lekarskiej*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2, s. 21.

należy jedynie ograniczać do czynności leczniczych²². Zdaniem tego autora, w prawie polskim brak ustawowej definicji zabiegu leczniczego. W oparciu o analogię do art. 2 ust. 1 u.z.l. oraz ustawy o zakładach opieki zdrowotnej twierdzić można, iż zabiegiem leczniczym jest postępowanie służące — zgodnie z zamysłem podejmującej je osoby — zachowaniu, przywracaniu lub poprawie zdrowia innej osoby poprzez podejmowanie wobec niej działań diagnostycznych, terapeutycznych, a także profilaktycznych i rehabilitacyjnych, łączących się z naruszeniem jej integralności cielesnej. Naruszenie to przybierać może zarówno postać naruszenia tkanki cielesnej (np. zabieg operacyjny, iniekcja, pobieranie płynu rdzeniowego), jak i fizycznych ingerencji związanych z wnikaniem w ciało ludzkie bez naruszenia tkanki (np. sonda żołądkowa, penetracja mózgu za pomocą elektrowstrząsów).

Ten sam autor w artykule *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, zdaje się potwierdzać swoją koncepcję²³. Według M. Filara, nie ma żadnym kryminalno-politycznych racji, aby z art. 192 k.k. nie mógł odpowiadać karne lekarz za dokonanie zabiegu nieterapeutycznego bez zgody pacjenta. Sugeruje zastosowanie wykładni systemowej, której wynikiem będzie zastosowanie art. 192 k.k. także wobec czynności o charakterze nieleczniczym.

Leszek Kubicki jest zdania, że pojęcie „zabiegu leczniczego” należy traktować maksymalnie szeroko. Termin ten obejmować będzie zatem zarówno działania czysto lecznicze, jak i zabiegi medyczne nie spełniające tej funkcji *sensu stricte* (jak np. zabieg z zakresu chirurgii kosmetycznej, czy też dopuszczalny prawnie zabieg przerywania ciąży dokonywany z innych wskazań niż medyczne)²⁴.

Z kolei Agnieszka Liszewska uważa, że rezultaty wykładni literalnej art. 192 k.k. są bardzo klarowne i nie budzą wątpliwości, dlatego należy przyjąć, iż przepis ten penalizuje jedynie wykonanie bez zgody pacjenta zabiegu leczniczego, a nie czynności nieterapeutycznych²⁵.

Bardzo szeroko problem rozumienia terminu „zabieg leczniczy” opisuje w swojej monografii J. Duda. Jego zdaniem wyniki wykładni literalnej są na tyle jasne, że nie ma potrzeby odwoływania się do racji celowościowych i kryminalno-politycznych. Po drugie odejście od wykładni literalnej

²² Zob. M. F i l a r, w: *Kodeks...*, red. O. Górniok, *op. cit.*, teza 2 do art. 192 k.k.

²³ Por. M. F i l a r, *Odpowiedzialność karna związana z nieterapeutycznymi czynnościami lekarskimi*, „Prawo i Medycyna” 2000, nr 5, s. 67–68.

²⁴ Por. L. K u b i c k i, *op. cit.*, s. 35–36.

²⁵ Zob. A. L i s z e w s k a, *Prawnokarna ocena zabiegów transplantacji organów*, „Prawo i Medycyna” 1999, nr 3, s. 81.

spowodowałoby naruszenie podstawowej zasady prawa karnego *nullum crimen sine lege* i funkcji gwarancyjnej tegoż prawa. Po trzecie, argumentacja L. Kubickiego stanowi jedynie nieudolną próbę usprawiedliwienia wadliwie skonstruowanego przepisu art. 192 k.k. Zdaniem J. Dudy należy zmienić przepis, a nie wysilać się na bardzo okrężną drogę jego rozumienia. Po czwarte wreszcie, inne niż wąskie rozumienie terminu „zabieg leczniczy” stwarzałoby podstawę do odrzucenia przyjętego i uznanego w kręgach lekarskich podziału zabiegów na terapeutyczne i nieterapeutyczne. O tym czy zabieg ma charakter leczniczy, powinny decydować wyłącznie kryteria lekarskie, a nie system prawny obowiązujący w państwie²⁶.

Według mnie, mimo trudnych do zaakceptowania konsekwencji przyjęcia stanowiska J. Dudy i A. Liszewskiej, właśnie poglądy tych autorów należy uznać za prawidłowe. Podobnie jak oni, jestem zdania, że przepis art. 192 k.k. jest napisany jasno i wykładnia literalna nie budzi żadnych wątpliwości, stąd też nie można jej podważyć argumentami natury funkcjonalnej czy celowościowej. Zgodnie z zasadami prawoznawstwa można odwoływać się do rezultatów innych wykładni niż literalna (np. systemowej, funkcjonalnej), jeśli ta, albo prowadzi do wyniku absurdalnego, albo nie można ustalić jednoznacznie jej rezultatu. W omawianej przeze mnie sytuacji żaden z tych dwóch przypadków nie zachodzi²⁷. Wynik wykładni literalnej może wydawać się co najwyżej mocno niesprawiedliwy, ale nie absurdalny. Należy zwrócić uwagę, że z art. 192 k.k. będzie karnie odpowiadał lekarz, który dokonał operacji wycięcia wyrostka robaczkowego bez zgody pacjenta, a nie będzie odpowiadał lekarz, który również bez zgody dokonał przeszczepu *ex vivo*. Pojawia się w tym miejscu pytanie, czy istnieje taki typ czynu zabronionego, z którego można by zakwalifikować zachowanie lekarza dokonującego czynności nieterapeutycznej (np. przywołanego już wcześniej zabiegu *ex vivo*) bez zgody pacjenta lub co gorsza wbrew jego sprzeciwowi? Moim zdaniem — tak.

W tym miejscu chciałbym się powołać na, jak się wydaje, bardzo przekonujący pogląd J. Dudy, który uważa, że brak zgody dawcy na pobranie organu będzie nie tylko oznaczał odpowiedzialność karną lekarza za odpowiedni typ przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu, ale także odpowiedzialność za dokonanie przestępstwa z art. 189 k.k. (pozbawienie wolności). W przypadku czynności nieterapeutycznych, w razie brak zgody

²⁶ Por. J. D u d a, *op. cit.*, s. 163–164.

²⁷ Por. L. M o r a w s k i, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2002, s. 160–162.

dawcy, nie chodzi bowiem tylko o naruszenie zdrowia i życia człowieka, ale także jego wolności²⁸.

Kolejnym problemem związanym z art. 192 k.k. jest kwestia ewentualnego zbiegu przepisów. Uważam, że omawiany typ czynu zabronionego może pozostawać w kumulatywnej kwalifikacji z przestępstwami przeciwko zdrowiu i życiu, a to w sytuacji, gdy lekarz dokonuje zabiegu o charakterze leczniczym bez zgody pacjenta, a jednocześnie narusza pewne reguły sztuki medycznej (inne niż samo dokonanie zabiegu bez zgody pacjenta), które prowadzą do określonego skutku dla zdrowia lub życia pacjenta. W sytuacji, gdy lekarz dokonuje zabiegu leczniczego zgodnie z kanonami sztuki medycznej, jednakże bez zgody pacjenta, takie zachowanie lekarza należy zakwalifikować wyłącznie z art. 192 k.k. Lekarz nie narusza w taki wypadek dobra prawnego w postaci życia lub zdrowia pacjenta, a jedynie godzi w jego wolność²⁹. W stosunku do zabiegów, które nie mają charakteru wyłącznie leczniczego, a więc należą do grupy czynności nieterapeutycznych, nigdy nie będzie miał zastosowania art. 192 k.k. W sytuacji, gdy lekarz dokona tego typu zabiegu bez zgody pacjenta — jego zachowanie zawsze będzie wypełniało znamiona art. 189 k.k. oraz odpowiedniego przestępstwa przeciwko zdrowiu i życiu w zależności od skutku jaki wystąpił. Możliwy jest także zbieg przepisów art. 192 k.k. oraz art. 58 u.z.l. w sytuacji, gdy osoba nieuprawniona dokonuje zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta³⁰.

Na zakończenie warto zastanowić się nad ewentualnymi zmianami w redakcji art. 192 k.k. Uważam, że przepis ten budzi bardzo dużo wątpliwości w doktrynie, dlatego ustawodawca powinien zdecydować się na ruch kończący wszelkie spory. Moim zdaniem, sensownym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie do znamion art. 192 k.k. określenia: „bez zgody innych uprawnionych podmiotów”, tak aby przepis ten jednoznacznie objął swoim zakresem także sytuacje wyrażania przez przedstawiciela ustawowego, opiekuna faktycznego albo sądu opiekuńczego zgody kumulatywnej lub zastępczej. Myślę, że nie ma potrzeby wprowadzania, obok typu zasadniczego określonego w art. 192 § 1 k.k., typu czynu zabronionego kwalifikowanego przez znamię statyczne, którego znamieniem kwalifikującym byłby nieterapeutyczny charakter zabiegu medycznego z odpowiednio podwyższonym zagrożeniem karnym (np. kara pozbawienia wolności do lat 3). Tym bardziej nie ma potrzeby zmiany redakcyjnej art. 192 k.k., polegającej na zmianie

²⁸ J. D u d a, *op. cit.*, s. 163.

²⁹ Zob. M. F i l a r, w: *Kodeks...*, red. O. Górniok, *op. cit.*, teza 7 do art. 192 k.k.

³⁰ T. B o j a r s k i, w: *Kodeks...*, red. T. Bojarski, *op. cit.*, teza 7 do art. 192 k.k.

znamienia „zabieg leczniczy” na „zabieg medyczny”. Uważam, że obecne regulacje prawne stanowią wystarczającą ochronę prawną dla zachowań lekarza dokonującego zabiegu nieterapeutycznego bez zgody pacjenta. W takim wypadku działanie lekarza należy zakwalifikować jako popełnienie przestępstwa z art. 189 k.k. w związku z odpowiednim typem czynu zabronionego przeciwko życiu lub zdrowiu.

Reasumując powyższe rozważania uważam, że art. 192 k.k. mógłby mieć następujące brzmienie:

Art. 192 § 1 k.k.: „Kto wykonuje zabieg leczniczy bez zgody pacjenta lub innego uprawnionego podmiotu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

§ 2: „Ściganie przestępstwa określonego w § 1 następuje na wniosek pokrzywdzonego”.